

Die Organisationsverfassung der Regierung

Herausgegeben von
JULIAN KRÜPER
und ARNE PILNIOK

Beiträge zum Organisationsverfassungsrecht



Mohr Siebeck

Beiträge zum Organisationsverfassungsrecht

Herausgegeben von
Julian Krüper und Arne Pilniok

6



Die Organisationsverfassung der Regierung

Herausgegeben von
Julian Krüper und Arne Pilniok

Mohr Siebeck

Julian Krüper ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum und geschäftsführender Direktor des Instituts für Glücksspiel und Gesellschaft.

Arne Pilniok ist Juniorprofessor für Öffentliches Recht, Verwaltungswissenschaften und rechtswissenschaftliche Fachdidaktik an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg.

ISBN 978-3-16-159473-1 / eISBN 978-3-16-159547-9

DOI 10.1628/978-3-16-159547-9

ISSN 2626-4412 / eISSN 2626-4420 (Beiträge zum Organisationsverfassungsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt. Es wurde von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die Drucklegung dieses Bandes im Frühjahr 2020 fällt in eine Zeit, in der in Deutschland, Europa und der Welt, wie schon lange nicht mehr die Bedeutung der zweiten Gewalt und ihrer Spitze deutlich wird: Die als „Corona-Krise“ apostrophierte Pandemie des SARS CoV-2-Virus ist die Stunde der Regierungen und ihrer Verwaltung. Zugleich nimmt die Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer auf ihrer pandemiebedingt erst 2021 stattfindenden Tagung unter anderem die Regierung näher in den Blick. Insofern freuen wir uns, mit diesem Band zur Diskussion um Funktion und Rolle der Regierung etwas beitragen zu können, auch wenn man sich die Umstände sicher anders gewünscht hätte. Er ist Ausdruck des Programms, das Organisationsverfassungsrecht stärker zu reflektieren und interdisziplinär zu kontextualisieren. Die Beiträge in diesem Band gehen auf Vorträge im Rahmen des zweiten Treffens des „Forschungsnetzwerks Organisationsverfassungsrecht“ im September 2019 an der Ruhr-Universität Bochum zurück. Wir danken den Autorinnen und Autoren aus Politik- und Rechtswissenschaft und der politischen Praxis für ihre Beiträge und den Teilnehmerinnen und Teilnehmern für angeregte Diskussionen.

Für die Organisation der Veranstaltung schulden wir am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung in Bochum *Michaela Szigat* besonderen Dank, für die Redaktion des Bandes ebendort *Katharina Schwengel*. Im Verlag Mohr Siebeck war die Zusammenarbeit mit *Daniela Taudt*, *Rebekka Zech* und *Silja Meister* wie immer sehr angenehm und professionell.

Bochum und Hamburg, im April 2020

Julian Krüper
Arne Pilniok

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Roland Lhotta</i>	
Der Bereich der Regierung – Reloaded: Zur partiellen Nicht-Verfassbarkeit eines Kernbereichs des Politischen	1
<i>Klaus Ferdinand Gärditz</i>	
Der Begriff der Regierung	25
<i>David Kuch</i>	
Regierung und Parlament in der gewaltenteiligen Demokratie – Organisationsrechtliche Perspektiven des Gewaltenteilungsprinzips	55
<i>Margrit Seckelmann</i>	
Regierung und Regierungshandeln aus der Sicht der Verwaltungswissenschaft	73
<i>Patrick Hilbert</i>	
Die Richtlinienkompetenz als Argument der Zwischenschicht	91
<i>Philipp Reimer</i>	
Regierung als oberste Ordnungsbehörde – Zur Systematik des Regierungshandelns am Beispiel der Gefahrenabwehrfunktionen von Bundes- und Landesgubernativen	109
<i>Stephan Bröchler</i>	
Das Bundeskanzleramt in der modernen Regierungszentralenforschung	125
<i>Sebastian Seedorf</i>	
Das Bundeskanzleramt in der Regierungsorganisation	161
<i>Arne Pilniok</i>	
Digitalisierung als gubernatives Organisationsproblem	201
Autorenverzeichnis	223
Stichwortverzeichnis	225

Der Bereich der Regierung – Reloaded: Zur partiellen Nicht-Verfassbarkeit eines Kernbereichs des Politischen

Roland Lhotta

„[...] Zu prüfen Seiner Oberherrschaft Kraft,
Ob sie auf Zufall oder Macht gestützt: [...]“
(*J. Milton*, Das verlorene Paradies, 1. Gesang)

A. Einführung: „Messy Business“ und „verhüllende Elemente“ – von der Schwierigkeit und Notwendigkeit des (interdisziplinären) Blicks auf den *Bereich der Regierung*

Politik- wie auch rechtswissenschaftlicher Erkenntnisfortschritt sind ein schwieriges Geschäft. Disziplinäre Eigengesetzlichkeiten und Idiosynkrasien als auch verfestigte Paradigmen und herrschende Lehren, aber auch Komplexitätsreduktion sowie Bequemlichkeit und Gewöhnung tragen nicht selten dazu bei, dass man bei der (wiederholten) Befassung mit bestimmten Teilbereichen des vom Grundgesetz konfigurierten politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland in das hineintappt, was *Herbert Kritzer* in einem lesenswerten Beitrag über das „messy business“ der sozial- und rechtswissenschaftlichen Forschung als „three level fail“ umschrieben hat: „a) thinking you see something that is in fact not there; b) failing to see something that is in fact there; c) asking the wrong questions“¹. Das Verfassungsorganisationsrecht der Regierung scheint mir ein Bereich zu sein, der in dieser Hinsicht einen – wenn man so will – recht beachtlichen „messy score“ aufzuweisen hat – obwohl oder vielleicht gerade, weil „Regierung“ in Deutschland als Sujet sozusagen „Heimatrecht“² hat.

Dies mag zum einen daran liegen, dass viele Verfassungen und auch das Grundgesetz „den Bereich der Regierung dem öffentlichen Auge eher entrückt als zugänglich gemacht“ haben³, weil sie ihn „ausschließlich im organisatori-

¹ *Kritzer*, Research is a Messy Business, in: Halliday/Schmidt (Hrsg.), *Conducting Law and Society Research*, 2006, S. 264 (265).

² *Scheuner*, Der Bereich der Regierung, in: FS Smend, 1952, S. 253 (259).

³ *Hennis*, Regieren im modernen Staat, 2000, S. 147.

schen Sinn“ verstehen⁴; es mag zum anderen daran liegen, dass die Perpetuierung des Gewaltenteilungsdogmas „mit seiner Ignoranz des Bereichs der Regierung“ und einem Verständnis von Exekutive „als Subalternbereich des Gesetzgebers“ dazu führte (und führt), diesen einerseits durch eine Art präventive Nachordnung zu verharmlosen und andererseits in einen sinistren und „exzessiven Bereich“ des *Politischen* zu schieben,⁵ der im Ungefähren und Nicht-regelbaren verbleibt und damit ebenfalls den „verhüllenden Elementen unserer Verfassungsstradition“ verpflichtet bleibt.⁶ Aber dann müsste man auch fragen, inwieweit solche Verhüllungs- und Invisibilisierungsmechanismen heute noch virulent sind, wie sie sich unter den Auspizien eines allenthalben diagnostizierten Wandels des Regierens darstellen und auswirken und was dies für den rechts- und politikwissenschaftlichen Blick auf den Bereich der Regierung bedeutet. Für die Befassung mit dem Verfassungsorganisationsrecht der Regierung sind dies jedenfalls Fragen von beträchtlicher Relevanz und sollen deshalb auch Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen sein – nicht zuletzt, um „an diesem Beispiel einer sich vielfach ihrer politischen Implikationen nicht mehr bewußten juristischen Dogmatik zum Verständnis ihrer selbst als politische Theorie zu verhelfen – eine alte, aber immer wieder neu sich stellende Aufgabe.“⁷ Ebenso aber auch, um die politikwissenschaftliche Regierungsforschung daran zu erinnern, dass ihre Befunde der normativen Evaluation bedürfen und nicht nur der empirisch-analytischen Theoriebildung dienen, getreu der Mahnung von *Dolf Sternberger*, die Politikwissenschaft

„als eine Wissenschaft von unseren eigenen menschlichen Ordnungen und Unordnungen kann sich niemals mit der bloßen Registrierung von Daten begnügen, sie muß es zum Urteil bringen, wenn sie ihrem eigenen Anspruch und den hohen Vorbildern ihrer großen abendländischen Überlieferung genügen will. Das kalte Faktensammeln und das teilnahmslose Botanisieren liegt uns nicht und steht unserer Wissenschaft nicht wohl an. Sie ist mit einem Wort immer zugleich eine empirische und normative Wissenschaft, beides in einem.“⁸

⁴ *Schneider*, in: Wassermann (Hrsg.), GG (Reihe Alternativkommentare), Bd.2, 1984, Art. 62 Rn.3.

⁵ Dagegen schon *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, S. 227 Rn. 532, der mit Blick auf den Bereich der Regierung darauf insistiert, „daß politische und Rechtsfunktion nicht voneinander getrennt werden können und in den meisten Staatshandlungen, wenn auch mit unterschiedlichem Gewicht, miteinander verbunden sind. Verfehlt wird dieser Zusammenhang, wenn beide Funktionen einander entgegengesetzt werden und die Funktion des Rechts lediglich in der Beschränkung des Politischen erblickt wird, dessen Eigenart nicht durch die gestellten Aufgaben, sondern lediglich durch die Mittel der Machtorganisation, der Machtverteilung und der Machtausübung gekennzeichnet erscheint; ebensowenig lässt sich die Eigenart des Politischen auf das Moment des Irrationalen reduzieren und auf diese Weise dem durch Rationalität gekennzeichneten Recht gegenüberstellen – als ob Politik mit ratio nichts zu tun hätte.“

⁶ *Hennis* (Fn. 3), S. 148.

⁷ *Boldt*, Deutsche Staatslehre im Vormärz, 1975, S. 9.

⁸ *Sternberger*, Parlamentarische Regierung und parlamentarische Kontrolle, in: *Stammen*

B. Mutabor! Der Bereich der Regierung unter den Auspizien von Entstaatlichung und Funktionsverlust der Verfassung

Die folgenden Überlegungen können zunächst einmal von dem Befund ausgehen, dass Regieren und Regierung immer noch Themen von ungebrochener Relevanz sind. In der Politikwissenschaft gehören sie (mit unterschiedlichen Akzentuierungen und Konjunkturen) seit jeher zum Kernbestand der Disziplin,⁹ in der Staats(rechts)lehre sowie der Verfassungslehre und Verfassungstheorie vielleicht eher nicht.¹⁰ Interessanterweise wurden indessen Definitionsversuche der Staatsrechtslehre, weil „von verfassungsrechtlichen, rechtssystematischen und rechtspraktischen Erwägungen mitbestimmt“ als deutlich superior gegenüber „anderen Sprachbereichen, am sichtbarsten in der Sphäre von Politik und Publizistik“ eingestuft, wo „ein wesentlich weniger reflektierter Begriff von ‚Regierung‘“ im Umlauf sei.¹¹ Ob diese Einschätzung wirklich zutreffend war oder gar noch ist, wird noch zu überprüfen sein. Aber unabhängig von disziplinären Eigenheiten des Blicks auf den Bereich der Regierung, ist dieser für Politik- als auch Rechtswissenschaft nach wie vor opak.

Während die Politikwissenschaft in den 60er Jahren die Regierung und das Regieren überhaupt erst als Thema wieder entdecken musste, um es sodann einem szientistischen Ideal folgend erst kleinteilig aufzulösen und sodann wieder in der institutionell und akteurspezifisch bedingten Performanz politischer Systeme zu kontextualisieren und schließlich unter Abstreifung der alten Label

(Hrsg.), *Strukturwandel der modernen Regierung*, 1967, S. 274 (275); die szientistisch verbrämte normative Abdankung der Politikwissenschaft hat einen langen Vorlauf, der seinen Startpunkt in der „behavioral revolution“ findet und in der weitgehenden Eliminierung normativer Reflexion und/oder deren Abschiebung aus der Theorie in die (politische) Philosophie kulminiert(e). Dazu ließe sich vieles sagen, es möge aber der Hinweis genügen, dass Theoriebildung und Theorie in der Politikwissenschaft drei konstitutive Elemente beinhalten und beinhalten sollten, wie von *Klaus von Beyme* in Anlehnung an *George H. Sabine* zutreffend feststellt: 1.) Feststellungen über politische Tatsachen, über das, was ist; 2.) Feststellungen über kausale Beziehungen, verbunden mit Prognosen über das, was wahrscheinlich in Zukunft sein wird; 3.) Schlüsse über wünschenswerte Entwicklungen und Reflexionen über das, was sein soll (*von Beyme*, *Theorie der Politik im 20. Jahrhundert. Von der Moderne zur Postmoderne*, 1991, S. 11); vgl. auch die Ausführungen von *Patzelt*, *Wertfreie Wissenschaft, Motive, Adressaten und Regeln einer praxisnützlichen Politikwissenschaft*, in: *Korte/Grunden* (Hrsg.), *Handbuch Regierungsforschung*, 2013, S. 33.

⁹ *Hennis* (Fn. 3); *Ellwein*, *Regieren und Verwalten*, 1976; *Hartwich/Wewer* (Hrsg.), *Regieren in der Bundesrepublik 1*, 1990; *Schmidt*, *Regieren in der Bundesrepublik Deutschland*, 1992; *Helms*, *Regierungsorganisation und politische Führung in Deutschland*, 2005; *Korte/Fröblich*, *Politik und Regieren in Deutschland*, 3. Aufl. 2009; *Korte/Grunden* (Hrsg.), *Handbuch Regierungsforschung*, 2013.

¹⁰ *Stammen* (Hrsg.), *Strukturwandel der modernen Regierung*, 1967 beinhaltet sowohl politik- als auch rechtswissenschaftliche Beiträge und zeigte somit auch auf, dass beide Disziplinen zu diesem Thema etwas zu sagen hatten und sich fruchtbar ergänzen konnten.

¹¹ *Sellin*, *Regierung, Regime, Obrigkeit*, in: *Brunner/Conze/Koselleck* (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 5, 2004, S. 361 (419).

„(vergleichende) Regierungslehre“ als „Governance-“ und dann doch auch wieder als „Regierungsforschung“ kräftig wieder zu beleben, scheint die Rechtswissenschaft bei diesem Themenkomplex – positiv formuliert – mit weniger Amplituden auszukommen. Negativ formuliert könnte man aber auch sagen, dass man „die Anerkennung eines eigenständigen Bereichs des Regierens bereits unbestritten“¹² sieht und sich irgendwie damit eingerichtet hat, diesen auf der Grundlage der sehr sparsamen Normierung des Grundgesetzes zu umreißen, ohne die Hypothesen traditioneller Kategorien abzutragen, die früher schon fragwürdig waren und dies heute womöglich mehr denn je sind.¹³

Unter den Auspizien eines oft und nachdrücklich diagnostizierten Form- und Aufgabenwandels des Regierens¹⁴ im Kontext von neuer Staatlichkeit¹⁵ – bis hin zu deren „Zerfaserung“¹⁶ und Entstaatlichung¹⁷ – ist es deshalb nicht ohne Reiz, hierzu einige grundsätzlichere Überlegungen zu präsentieren. Die Anlehnung an den Titel des Aufsatzes von *Ulrich Scheuner* in der Festschrift für Smend von 1952 ist dabei kein Zufall, denn unter den vielen hellsichtigen und berechtigten Punkten, die *Scheuner* seinerzeit aufwarf, sticht nicht nur seine Diagnose hervor, dass der Bereich der Regierung völlig untertheoretisiert sei und zudem geradezu anachronistisch traktiert werde, sondern auch der Versuch, das *Politische* im Bereich der Regierung durch eine ganzheitlichere Sicht auf den Zusammenhang von Staat, Recht und Politik¹⁸ einer dringend notwendigen „Daseinserhellung“¹⁹ zuzuführen. Gemessen an den Beobachtungen einer sich in den letzten Dekaden manifestierenden Veränderung des Regierens, den empirischen Befunden dazu und den daraus folgenden normativ-rechtlichen als auch theoretischen Herausforderungen²⁰ scheint sich die Angemessenheit und Sinnhaftigkeit von Scheuners Desideraten nicht wesentlich geändert zu haben. Und deshalb soll noch einmal angeknüpft werden an seine Feststellung, „daß Wesen, Aufgabe und rechtliche Stellung der Regierung nur vom Ganzen des Staates und von den zentralen Fragen nach der Beziehung von Staat, Recht

¹² *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 1977, S. 789.

¹³ *Ellwein*, Die politikwissenschaftliche Regierungslehre und ihre Beziehung zur Verwaltungs- und Staatslehre, in: Hartwich/Wewer (Hrsg.), Regieren in der Bundesrepublik 1, 1990, S. 23 (30).

¹⁴ *Korte/Grunden*, Über die Regierung: Gegenstände der Regierungsforschung und neue Konturen des Regierens, in: dies. (Hrsg.), Handbuch Regierungsforschung, 2013, S. 11.

¹⁵ Vgl. als Überblick *Anter/Bleek*, Staatskonzepte, 2013; *Voigt* (Hrsg.), Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat, 1993; *ders.*, Des Staates neue Kleider, 1996; *Grimm* (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1996; *Ellwein/Hesse*, Der überforderte Staat, 1997; *Gerlach/Nitschke* (Hrsg.), Metamorphosen des Leviathan?, 2000; *Schmidt* (Hrsg.), Staatstätigkeit, PVS-Sonderheft 19 (1988); *Holtmann* (Hrsg.), Staatsentwicklung und Policy-Forschung. Politikwissenschaftliche Analysen der Staatstätigkeit, 2004; *Jänicke*, Staatsversagen, 1987; *Willke*, Ironie des Staates, 1996.

¹⁶ *Leibfried/Zürn* (Hrsg.), Transformations of the State?, 2005.

¹⁷ *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung II, 2012, S. 67.

¹⁸ *Scheuner* (Fn. 2).

¹⁹ *Hennis* (Fn. 3), S. 150.

²⁰ Einen guten Überblick hierzu bietet *Korte/Grunden* (Fn. 9).

und Politik her erfaßt werden können.²¹ Auch zum damaligen Zeitpunkt war dieses „Ganze“ grundstürzend neu, mussten die zentralen Fragen ebenso neu gestellt und anders beantwortet werden, weswegen *Scheuner* auf die Notwendigkeit hinwies, „die staatsrechtlichen Begriffe stärker an die Wirklichkeit des heutigen demokratischen Staatswesens anzupassen und damit fortzuentwickeln.“²² Es ist natürlich eine Daueraufgabe, an der in Zeiten eines ausgeprägten Verfassungsgerichtspositivismus auch das Bundesverfassungsgericht mitwirkt und dabei teilweise die Staats- und Verfassungsrechtslehre substituiert.²³ Aber das ändert natürlich nichts an der Tatsache, dass in Zeiten eines besonders starken und tiefgreifenden Wandels des „Ganzen“ begriffliche und theoretische Anpassungsleistungen von Politik- und Rechtswissenschaft gefordert sind. Exemplarisch lässt sich dies anhand der Frage zeigen, inwieweit sich der von *Dieter Grimm* beschriebene Funktionsverlust der Verfassung²⁴ und die von *Pierre Rosanvallon* rekonstruierte Veränderung der Demokratie durch das Erstarken der „regierenden Funktion“²⁵ am Beispiel der *Organisations-Verfassung der Regierung* diskutieren lassen. Ich halte dies für vielversprechend, weil sich hier aus meiner Sicht ein Raum *doppelter Verfassungsrelativierung* und damit auch ein *Problem von Gewaltenteilung und Demokratie* auftut, in dessen *Zentrum* der verfassungsrechtlich ohnehin spärlich normierte Bereich der Regierung steht.

Damit aber sprechen wir auch von den Notwendigkeiten und den Schwierigkeiten eines *Rechts der Politik*, zu dem *Martin Morlok* kürzlich noch feststellte:

„Die Grundelemente des Rechts der Politik müssen auf der Ebene der Verfassung normiert sein, um – ausgestattet mit dem Vorrang der Verfassung – dem normalen politischen Prozess Vorgaben und Grenzen setzen zu können. Verfassungsrechtlich werden Grenzen des Möglichen gesetzt, sowohl für die Inhalte der politischen Entscheidungen, insbesondere durch die Grundrechte, als auch für die Regelung des politischen Prozesses selbst.“²⁶

Dies scheint mir so grundsätzlich richtig wie unter den Auspizien des Regierens im modernen Staat nicht mehr vollständig garantiert zu sein: Zum einen deswegen, weil die Regierung durch das GG ohnehin nur in Umrissen „verfasst“ wird und sich diese Umrisse vor allem im institutionell-organisatorischen Bereich abgebildet finden, während der funktional-materielle Bereich so gut wie gar nicht „verfasst“ ist. Gerade in diesem spielen sich aber eine Expansion und Entgrenzung als auch eine Fragmentierung und Pluralisierung der „regierenden

²¹ *Scheuner* (Fn. 2), S. 255.

²² *Scheuner* (Fn. 2), S. 263.

²³ *Schlink*, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 28 (1989), S. 161; *Jestaedt* et al., Das entgrenzte Gericht, 2011.

²⁴ *Grimm* (Fn. 17), S. 67.

²⁵ *Rosanvallon*, Die gute Regierung, 2018.

²⁶ *Morlok*, Notwendigkeiten und Schwierigkeiten eines Rechtes der Politik, abgedruckt in: Bäcker et al. (Hrsg.) *Politik als rechtlich geordneter Prozess*, 2018, S. 129 (150).

Funktion“ ab. Diese hat sich „sozusagen ins Undefinierte hinein erweitert, auch wenn man theoretisch nach wie vor von ‚ursprünglichen‘ Staatsfunktionen ausgehen kann.“²⁷ Zum anderen, weil sich diese Entwicklung mit einem generellen Trend der Entstaatlichung verbindet, in dem der „verfasste“ Objektbereich des Staates – inklusive seiner demokratischen und gewaltenteilenden Prozeduren – dem Regelungszugriff durch die Verfassung zumindest teilweise entzogen wird. Potentiell begünstigt beides die Auswanderung der „regierenden Funktion“ aus der Verfassung unter Aufrechterhaltung der institutionell-organisatorischen Form – jedenfalls dann,

- wenn „öffentliche Gewalt und Staatsgewalt nicht mehr identisch sind“ und die Verfassung damit aufhört, „*die in ihrem Geltungsbereich wirksame öffentliche Gewalt umfassend zu regeln*“;
- wenn infolgedessen der Vorrang der Verfassung nicht mehr vollständig gewährleistet ist, weil er sich nicht mehr auf alle Herrschaftsakte erstreckt und
- die Verfassung auch nicht mehr zu gewährleisten vermag, „*dass jeder Akt der öffentlichen Gewalt mit innerstaatlicher Geltung seinen Ursprung im Volk hat und durch dieses demokratisch legitimiert ist.*“²⁸

Zum schrumpfenden Objektbereich der Verfassung, insbesondere in Bezug auf Herrschaftsakte und öffentliche Gewalt, so die hier zu Grunde gelegte Hypothese, gehört im parlamentarischen Bundesstaat Deutschlands auch der *Bereich der Regierung* oder etwas zopfiger formuliert: die *Gubernative*.²⁹ Das ist problematisch, wenn weiterhin der Grundsatz gelten soll, dass im freiheitlichen Verfassungsstaat „der Bereich der Regierung nicht außerhalb des Rechts angesiedelt sein“³⁰ dürfe und deshalb der „verfassungsrechtlichen Eingrenzung“³¹ bedürfe³².

²⁷ Ellwein, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Teil 2, 1984, S. 1136 ff.; eine ähnliche Diagnose stellte auch schon Hennis, als er notabene: im Jahre 1965 darauf verwies, dass der Bereich der Regierung „sich in den vergangenen zwanzig Jahren noch unvergleichlich vergrößert hat“, *ders.*, Aufgaben einer modernen Regierungslehre, 1965, S. 148.

²⁸ Grimm (Fn. 17), S. 334 f.

²⁹ Pieroth, in: Jarass/*ders.*, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 62 Rn. 1.

³⁰ Schröder, Die Bereiche der Regierung und der Verwaltung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 3, 1. Aufl. 1988, § 67 Rn. 13.

³¹ Schröder (Fn. 30), § 67 Rn. 3.

³² Vgl. allerdings Krüger, Der Regierungsstaat, ZBR 1978, 117 (118), der den Handlungsspielraum der Regierung primär daran zu bemessen trachtet, mit welchen „Lagen“ sie konfrontiert sei und ob solche Lagen „nicht ein unmittelbares Verhältnis der Regierung zu ihnen fordern und daher die Regierung zu Entscheidungen aus der Situation heraus ermächtigt sein muß.“ Eine Regierung könne in solchen Lagen jedenfalls nicht hinreichend beweglich sein, „wenn das allgemeine Bewußtsein unbeweglich ist und ihr daher unablässig im Namen der heiligsten Ideologien und Modelle, so antiquiert oder jedenfalls so inaktuell sie sein mögen, in den Arm fällt und dabei womöglich der Unterstützung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit gewiß sein kann.“

C. Krampfhaftige Konstruktion „zur gesamten Hand“: Von den Schwierigkeiten der dogmatischen Integration eines desintegrierten Bereichs der Regierung

Dass die Regierung dem Zugriff der Verfassung unter den Bedingungen moderner Staatlichkeit entgleitet, mag auf den ersten Blick nicht offensichtlich zu sein, denn sie hat seit jeher „um der notwendigen Beweglichkeit und Dynamik willen“³³ keinen klar umrissenen und definierten Funktionsbereich im Grundgesetz. Dies entspricht dem, was *Hennis* als eine Art konstitutionelle Entrückung des Bereichs der Regierung umschrieben hatte. Dieser Bereich ist jenseits der wenigen formal-organisationalen, prozeduralen und kompetenziellen Vorgaben des Grundgesetzes „undurchsichtig“, muss es vielleicht sogar sein, wenn man ein Faible für die guten alten *arcana imperii* und die Staatsraison³⁴ hat. Aber der (gerade im Bereich der Außenpolitik betonte) „Eigenbereich der Exekutive“ dient eben auch der Invisibilisierung und Immunisierung des Bereichs der Regierung vor einer demokratischen Öffentlichkeit und der parlamentarischen Opposition – und ist auch ein signifikantes Gegengewicht zur so oft für Regierung und Parlament insinuierten Staatsleitung zur gesamten Hand. Überhaupt wird der Bereich der Regierung dann gerne auch jenen dunklen Sphären zugerechnet, die seitens der Staatsrechtslehre – so umstandslos wie gelegentlich immer noch wohligh schauernd – mit „dem Politischen“ umschrieben werden, weil sie sich dem Ansinnen teilweise entziehen, einem „rechtlich geordneten Prozess“ eingefügt zu werden. Hier beißen sich dann allerdings der Anspruch der Verfassung, einerseits alle öffentliche Macht zu binden und die Verfassung als „politisches Recht“³⁵ andererseits, die dann gewissermaßen eine *contradictio in adjecto* ist, weil sie etwas regulieren soll, was der Regulierung nicht zugänglich ist, aber doch zugänglich sein sollte – weswegen zumindest die Fiktion einer solchen Regulierung aufrechterhalten werden muss³⁶. Schließlich geht es auch um eine „methodische Welterzeugung“, und von dieser hat *Alexander Somek* mit Blick auf die Rechtswissenschaften so pointiert wie kritisch notiert: „anständige Gelehrsamkeit nötigt zur krampfhaften Konstruktion.“³⁷

³³ *Hesse* (Fn. 5), Rn. 533.

³⁴ Vgl. *Stolleis*, Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit, 1990.

³⁵ *Isensee*, Verfassungsrecht als „politisches Recht“, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 268 S. 483 ff.

³⁶ Sehr unterhaltsame Verrenkungen dieser Art finden sich z. B. auch in Bezug auf die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – hierzu *Lhotta/Zucca*, Legitimation und Integration durch Verfassung in einem Mehrebenensystem, in: Hönnige/Kneip/Lorenz (Hrsg.), Verfassungswandel im Mehrebenensystem, 2011, S. 367.

³⁷ *Somek*, Rechtliches Wissen, 2006, S. 65 – die „methodische Welterzeugung“ findet sich S. 56.

Ein typisches Beispiel hierfür, das sich in allen einschlägigen Kommentierungen und Lehrbüchern so oder ähnlich wiederfindet, ist das folgende Lehrbuch-Zitat:

„Die Bundesregierung ist Organ der politischen Staatsleitung. Ihre Kompetenzen sind vor allem auch politischer Natur, ihre Stellung in der Verfassungsordnung kommt in den ihr positiv nach dem Grundgesetz zugewiesenen Befugnissen nur bedingt zum Ausdruck. [...] Ihre verfassungsrechtlich festgelegten Befugnisse und Kompetenzen können nur bedingt ihre tatsächliche Stellung im Verfassungsleben beschreiben. Sie ist eine Frage des politischen Wirkens, des politischen Zusammenwirkens der Verfassungsorgane, das nicht umfassend in verfassungsrechtliche Kautelen eingebunden werden kann. [...] So kommt insbesondere in den der Bundesregierung im Grundgesetz zugewiesenen Kompetenzen ihre entscheidende politische Funktion nicht zum Ausdruck: die Teilhabe an der politischen Staatsleitung, wie sie von Parlament und Regierung ‚zur gesamten Hand‘ ausgeübt wird.“³⁸

Das Recht des Politischen unterliegt wesensnotwendig einer gebotenen Offenheit und Flexibilität und muss Freiräume für das Informelle und nicht Regelbare bieten. Der *Bereich der Regierung* ist in hohem Maße auf diese Freiräume angewiesen, und das GG gibt ein beachtliches Spektrum her, auf welche Weise diese Freiräume ausgefüllt und genutzt werden, denn: „Es ordnet nur einen Teil des Prozesses, in denen Regierungsfunktionen wahrgenommen werden; diese selbst ergeben sich aus dem jeweiligen politischen Prozess und seinen Rahmenbedingungen. Das GG riskiert sehr unterschiedliche Entwicklungen.“³⁹ Die Frage ist, wie weit – angesichts einer erheblichen Änderung des politischen Prozesses und seiner Rahmenbedingungen – diese konstitutionelle Risikobereitschaft geht und wie schummrig das von *Dobner/Loughlin* ausgemachte „Twilight of Constitutionalism“⁴⁰ dabei werden kann und darf. *Regieren* ist immer auch – das sollte zumindest aus einer legitimations- und demokratietheoretischen Warte nicht vergessen werden – eine „Zumutung“.⁴¹ Diese Zumutung, die vor allem in Fremdbestimmung, Herrschaft, Machtausübung und potentiellen Übergriffen besteht, wird durch die Verfassung erträglich gemacht, indem sie Gewaltenteilung und -verschränkung installiert, Kompetenzen definiert und abgrenzt, Herrschaft und Machtausübung an die Verfassung bindet, Rechte der

³⁸ *Degenhart*, Staatsrecht I, 13. Aufl. 1997, S. 180, Rn. 432 [Hervorhebungen des Verf.]; *Dolf Sternberger* hat schon früh darauf aufmerksam gemacht, dass *Friesenbahns* immer wieder hervorgeholte Umschreibung eigentlich einem Fremdeln der (frühen) Nachkriegsstaatsrechtslehre mit dem parlamentarischen System und seinem neuen Dualismus sowie deren Verknüpfung mit einer anachronistischen Gewaltenteilungslehre entsprang – vgl. *Sternberger* (Fn. 8), S. 274 (insbes. 286 ff.).

³⁹ *Ellwein* (Fn. 27), S. 1139.

⁴⁰ *Dobner/Loughlin* (Hrsg.), *The Twilight of Constitutionalism*, 2010.

⁴¹ *Fach*, *Regieren*, 2016. Eine satirische Anverwandlung dieses Gedankens findet sich mit Bezug auf die Monate nach der BT-Wahl 2017 bei *Winkler*, *Ohne Regierung waren wir frei*, in: SZ vom 1. März 2018 (Teil Bayern, Deutschland, München – Feuilleton), S. 11.

Bürger vor Übergriffen schützt und sie über die Verankerung der Demokratie an der Herrschaft beteiligt.

Die Verfassung als genuines und höchstrangiges Recht der Politik spielt somit eine zentrale Rolle für die Begrenzung als auch die Ermöglichung von „Regieren“. Vor diesem Hintergrund scheint es weder ein Zufall noch eine Modeerscheinung zu sein, dass in den letzten Jahren zunehmend Entwürfe lanciert oder wiederbelebt werden – genannt seien hier stellvertretend nur *Pierre Rosanvallon*⁴² oder *Heinz Klegler*⁴³ –, die danach trachten, eine frei drehende „regierende Funktion“ wieder einzufangen, an ihre Adressaten zurück zu koppeln und diese auch stärker in den Regierungsprozess einzubinden. Dies scheint ein umso dringlicheres Anliegen zu sein, wenn die Regierung, wie *Christoph Schönberger* in der F.A.Z. kritisierte, einen signifikanten Beitrag dazu leistet, „elementare Normen und informelle Regeln über die Grundlagen der politischen Auseinandersetzung und des demokratischen Machterwerbs“ zu zerstören⁴⁴. Mit dem Recht der Politik für den Bereich der Regierung scheint also etwas im Argen zu liegen – und das könnte mithin auch für die *Organisations-Verfassung der Regierung* gelten. Genauer und zugespitzter formuliert: Könnte es sein, dass der organisatorisch-institutionelle Begriff der Regierung diese zu optimistisch und habituell dem verfassungsmäßigen Regiment von Gewaltenteilung, Demokratie und Repräsentation zurechnet, während der materiell-funktionale Bereich hinter dieser formalen Fassade einigermaßen unkontrolliert hypertrophiert? Sicher scheint jedenfalls, dass die Ausrichtung an einer „organisatorisch-institutionellen Begriffstradition“, wie *Klaus König* argumentiert, „in mehreren Beziehungen zu relativieren“ ist, denn:

„Regierung lässt sich nicht nur aus ihren niedergeschriebenen, formellen Handlungsmustern verstehen. [...] Die exekutive Spitze lässt sich als eigenes System, in ihrer Ausdifferenzierung, in ihrer Grenzbildung, aber nicht in der Abschottung von ihrer Umwelt verstehen. Regierungen begründen sich teilweise aus ihrer eigenen Ordnung, teilweise aus den Einflüssen ihrer Umwelt. Parlamente, Parteien, Verbände usw. müssen nicht für sich gewürdigt werden, wohl aber in ihren Interdependenzen mit der Regierung.“⁴⁵

Eine Kernaufgabe jeder Auseinandersetzung mit der „Organisations-Verfassung der Regierung“ müsste es somit sein, die Diffusion und Dezentrierung der regierenden Funktion mit einem Funktionsverlust der Verfassung zusammenzulesen und sich nicht auf ein vorgeblich sicheres Terrain der Formen und Prozeduren zu flüchten. Jede Befassung mit dem Bereich der Regierung muss viel-

⁴² *Rosanvallon* (Fn. 25) und *ders.*, Die Gegen-Demokratie: Politik im Zeitalter des Misstrauens, 2017.

⁴³ *Klegler*, Demokratisches Regieren: Bürgersouveränität, Repräsentation und Legitimation, 2018.

⁴⁴ *Schönberger*, Wie die Regierung die Demokratie beschädigt, in: FAZ 27.02.2019, abrufbar unter: <https://www.faz.net/-gsf-9kas1>, zuletzt abgerufen am 18.05.2020.

⁴⁵ *König*, Operative Regierung, 2015, S. 10f. [Hervorhebung des Verf.].

mehr, „gerade wenn es um die Frage der Zentralisierung und Dezentralisierung einzelner Funktionen geht, die Frage nach der Machtverteilung innerhalb des Regierungssystems aufwerfen und hierbei prüfen können, ob die empirische Machtverteilung der verfassungsmäßigen entspricht.“⁴⁶ Anders gesagt: Die Organisations-Verfassung der Regierung darf *nicht* einer positivistischen Verschleierung von Machtverschiebungen dienen und damit als *Remedium* und *Sedativ* gegenüber Entwicklungen fungieren, die der Ratio der Verfassung bzw. dem Recht der Politik zuwiderlaufen.

Es lohnt sich in diesem Zusammenhang, kurz an *Hellers* so süffig wie schneidend-kritischen Aufsatz zur *Krisis der Staatslehre* (1926) zu erinnern, in dem er im Rahmen des Weimarer Methoden- und Richtungsstreits den staatsrechtlichen Positivismus anging und diesem (vor allem *Hans Kelsen*) mit metaphorischer Wucht vorwarf, letztlich nur „ausgeblasene Eier reiner Rechtsformen“ anbieten zu können.⁴⁷ Aber diese waren ihm eben nicht nur hohl, sondern „unter dem Mantel juristisch-formaler Objektivität wurden allenthalben soziologische und teleologische Gehalte eingeschmuggelt, so daß das Endergebnis dieses Strebens nach juristischer Begriffsschärfe und Klarheit eine völlig unwissenschaftliche methodische Verworrenheit der Staatslehre samt der Staatsrechtslehre war.“⁴⁸ *Heller* kritisierte mithin eine Jurisprudenz, deren angeblich objektive Begriffe und Deduktionen in Wahrheit „auf einigen selbstgeschaffenen und verabsolutierten Definitionen und aprioristisch daraus, ‚aus dem Begriff‘ hergeleiteten Dogmen“ beruhten. Dazu gehörte auch „die Verabsolutierung liberaler Rechtsstaatsgrundsätze; so vor allem das tragende Dogma der Geschlossenheit der Rechtsordnung, das auf die Anschauung zurückging, die Rechtsanwendung müsse und könne in der Gewaltenteilung so energisch der Gesetzgebung unterworfen sein, daß durch die völlig entpersönlichte Rechtsordnung jede Organwillkür ausgeschaltet werde.“⁴⁹ Mir scheint, dass gerade in dieser Hinsicht die Befassung mit dem „Bereich der Regierung“ sowie dem Verfassungsorganisationsrecht der Regierung noch vieles von dem aufzubieten hat, was *Heller* mit so viel Verve und Furor kritisiert hatte. Jedenfalls gibt der Blick auf die Rechtsordnung der Verfassung mit ihren gewaltenteilenden und kompetenziellen Normen den Blick auf diesen Bereich nicht völlig frei – und der Versuch, diesen Mangel durch Konstruktion aus dem Normbestand zu beheben, kann Probleme generieren, wie *Smend* verdeutlichte: „Wenn die rechtliche Eigenart einer Verfassung vor allem in ihrem besonderen System der Kombination der obersten, der politischen Staatsorgane liegt, so wird diese Eigenart *nicht* erfaßt durch

⁴⁶ *Derlien*, „Regieren“ – Notizen zum Schlüsselbegriff der Regierungslehre, in: Hartwich/Wewer (Hrsg.), *Regieren in der Bundesrepublik* 1, 1990, S. 77 (87f.).

⁴⁷ *Heller*, *Die Krisis der Staatslehre* (1926), in: Drath et al. (Hrsg.), *Hermann Heller. Gesammelte Schriften* II, 1971, S. 5 (16).

⁴⁸ *Heller* (Fn. 47), S. 10.

⁴⁹ *Heller* (Fn. 47), S. 13.

Aufstellung von Kompetenzkatalogen und formaljuristische Analyse der Beziehungen der Organe zueinander.“⁵⁰

Hierzu seien nachfolgend ein paar Eindrücke sowie Evidenzen gesammelt und sodann argumentativ verdichtet. Beginnen wir hierfür niederschwellig – bei der vom GG installierten *komplexen Gewaltenteilung*.⁵¹ De facto unterläuft diese bereits die Verortbarkeit eines klar bezeichneten Bereichs der Regierung und potenziert stattdessen die seinerzeit von *Friesenbahn* nur für das Verhältnis Parlament – Regierung ausgemachte und seitdem obsessiv zitierte „Staatsleitung zur gesamten Hand“⁵². Diese Staatsleitung zur gesamten Hand ist zutreffender als eine *hybridisierte Staatsleitung* der vielen Hände⁵³ und vor allem auch der unsichtbaren Hände zu beschreiben. Situativ und prozedural machtvolle Mitregenten⁵⁴ und/oder Veto-Spieler⁵⁵ wie der Bundesrat, das Bundesverfassungsgericht, der Bundespräsident oder der Vermittlungsausschuss, vielfach sich eröffnende Veto-Punkte⁵⁶ im politischen Prozess des parlamentarischen Bundesstaates⁵⁷ machen die Bundesrepublik zu einer ausgeprägten Konsensdemokratie⁵⁸. In dieser können selbst Super-Majoritäten im Bundestag samt einer von ihnen getragenen Bundesregierung nicht „durchregieren“ und müssen stattdessen permanent verhandeln. Verhandeln wird so zum „Kerngeschäft des Regierungshandelns“ und ist eine „zentrale Kompetenz des Regierens“⁵⁹.

Im Grunde ist es also schon „der normative wie empirische Stand der Gewaltenteilung, der einfache Abgrenzungen nicht zulässt.“ Die Gewaltenteilung des GG ist vielmehr ein „dynamisches Prinzip“, in dem *die Regierung im orga-*

⁵⁰ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl. 1994, S. 119 (251).

⁵¹ Die positivistische Verhüllung und Entrückung, die *Smend* hier kritisiert, steckt letztlich auch hinter der Fiktion bzw. Prävention einer klaren verfassungsrechtlichen Abscheidbarkeit von Funktion und Organ „Regierung“. Bezeichnend etwa die Kritik im berühmten VVDStRL-Referat von *Friesenbahn* an *Scheuners* Beitrag zum „Bereich der Regierung“, dieser leide „darunter, daß Regierung als Funktion und Regierung als Organ nicht immer klar genug unterschieden sind“ – *Friesenbahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, in: *Stammen* (Hrsg.), Strukturwandel der modernen Regierung, 1967, S. 109 (137, Fn. 60).

⁵² *Friesenbahn* (Fn. 51), S. 143.

⁵³ Diese Metapher findet sich bei *Hennis* (Fn. 27), S. 157.

⁵⁴ *Schmidt*, Das politische System Deutschlands, 3. Aufl. 2016.

⁵⁵ *Tsebelis*, Decision-Making in Political Systems, *British Journal of Political Science* 25 (1995), 289; *ders.*, Veto Players, 2002.

⁵⁶ *Kaiser*, Veto-Punkte der Demokratie, *ZParl* 29 (1998), 525.

⁵⁷ *Steffani*, Der parlamentarische Bundesstaat als Demokratie, *ZParl* 20 (1999), 980.

⁵⁸ *Lijphart*, Patterns of Democracy, 1999.

⁵⁹ *de Maizièere*, Regieren: Innenansichten der Politik, 2019, S. 49 und 51; zum Verhandeln als zentraler Komponente modernen Regierens *Krick/von Blumenthal*, Regieren in der Politikverflechtung: Parteienwettbewerb und Verhandlungen in Deutschland, in: *Korte/Grunden* (Hrsg.), Handbuch Regierungsforschung, 2013, S. 287 ff. und *Strünck*, Regieren als Verhandeln: Problemlösungskapazitäten und Legitimationsressourcen von korporatistischen Verhandlungen und Policy-Netzwerken, in: *Korte/Grunden* (Hrsg.), Handbuch Regierungsforschung, 2013, S. 297.

nisatorisch-institutionellen Sinne nicht einfach für sich, sondern immer auch in ihrer Umwelt gesehen werden muss.“⁶⁰ Die Organisations-Verfassung der Regierung in ihre Umwelt einzubetten, passt indessen nicht zu dem Fiktions-Relikt des staatsrechtlichen Positivismus, „zwischen Staat und Gesellschaft lasse sich präzise unterscheiden.“ Die „weitgehende Vermischung von staatlichen und gesellschaftlichen Funktionen“⁶¹, die kennzeichnend für die Gegenwart ist, wird durch den Rückzug auf formale Kriterien und Kompetenzen der „Organisations-Verfassung der Regierung“ zwar in gewisser Weise kompensiert und verschleiert. Aber diese Verschleierung trägt dazu bei, „den ‚sozialen‘, ‚metajuristischen‘, ‚politischen‘ Gehalt“ solcher Begriffe wie Regierung „tunlichst zu eliminieren“⁶². Dadurch umgeht man eine „sachliche Inhaltsbestimmung und ersetzt sie durch eine formale.“ Das Ergebnis ist eine „unerfreuliche und durch kein sachliches Bedürfnis gerechtfertigte Ausweitung des Begriffs [...]“.⁶³

Diese Kritik von Smend knüpft nicht nur in gewisser Weise an die Heller'sche an, sondern rückt auch zwei Aspekte in den Fokus – die *fehlende sachliche Inhaltsbestimmung* des Bereichs der Regierung sowie dessen gerade damit *mögliche Ausweitung* unter Wahrung der formal-rechtlichen Fassade. Beides begünstigt das jeweils andere – und es entspricht der empirisch beobachtbaren Entwicklung des Regierens, wie sie auch heute von der politikwissenschaftlichen Regierungsforschung beobachtet und analysiert wird. Diese fokussiert sich in der letzten Dekade vornehmlich auf die komplexe Transformation von *Government zu Governance*⁶⁴ sowie die hiermit einhergehende Bedeutungszunahme des „informalen“ Regierens.⁶⁵ Dieses Regieren ist „nicht mehr durch autoritative Regulierung des hierarchischen Staates, sondern verstärkt durch das Zusammenwirken der Akteure des politisch-administrativen Systems mit wirtschaftlichen Interessen, Verbänden und der Zivilgesellschaft“ charakterisiert.⁶⁶

⁶⁰ König (Fn. 45), S. 11 f. [Hervorhebungen des Verf.].

⁶¹ Ellwein (Fn. 27), S. 1136 f.

⁶² Smend, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform (1923), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl. 1994, S. 68 (78).

⁶³ Smend (Fn. 62), S. 79.

⁶⁴ Vgl. Benz, Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen: Eine Einführung, 2. Aufl. 2010; Moltgen-Sicking/Winter (Hrsg.), Governance: Eine Einführung in Grundlagen und Politikfelder, 2019; Bevir (Hrsg.), The Sage Handbook of Governance, 2013; Levi-Faur (Hrsg.), The Oxford Handbook of Governance, 2014; Ansell/Torfing (Hrsg.), Handbook on Theories of Governance, 2017; Schuppert, Governance und Rechtsetzung. Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft, 2011.

⁶⁵ Dazu m. w. N. Grunden, Formales und informelles Regieren in rechtsstaatlichen Demokratien: Analysezugänge und Untersuchungsgegenstände, in: Korte/Grunden (Hrsg.), Handbuch Regierungsforschung, 2013, S. 219 ff.

⁶⁶ Bröchler/Lauth, Die Lokalisierung von Schneisen im Dickicht – konzeptionelle Grundlagen und empirische Befunde informaler Governance, in: dies. (Hrsg.), Von Government zu Governance, 2014, S. 1 (3).

Die Befunde zeigen mithin,

„dass sich sowohl die Praxis des Regierens als auch die Reflexion über das Regieren strukturell verändert haben. Zum einen sind im Prozess des Regierens weitaus mehr Akteure einbezogen als dies traditionell mit Blick auf Regierung, Verwaltung und Parlament sowie den Spitzenverbänden der Fall war. Neben politischen Akteuren auf anderen Ebenen (Mehrebenenkoordination) sind auch sehr unterschiedliche private und gesellschaftliche Akteure verstärkt und zuweilen maßgeblich in den politischen Willensbildungs- und Entscheidungsprozess einbezogen. Zum anderen und damit eng verbunden hat sich das Verhalten der politischen Entscheidungsträger verändert. Um den veränderten Bedingungen zu entsprechen, reicht eine Orientierung an den verfassungsmäßigen Kompetenzregeln nicht aus. Informelle Praktiken und Regeln werden noch stärker als früher strategisch eingesetzt, um die Erweiterung der eigenen Handlungsspielräume zu erreichen.“⁶⁷

Ich denke, dass eine Neu-Fokussierung in diesem Sinne dem Blick auf die Organisations-Verfassung der Regierung gut tun würde, denn einmal mehr gilt auch hier, dass Regieren „individuelle oder kollektive Leistungen“ erfordert,

„über deren Ausübung Gesetzestexte oder Satzungen wenig bis gar nichts auszusagen vermögen: Führung und Steuerung, Koordination und Verhandlung, nicht zuletzt auch mediale Kommunikation und Repräsentation. Zwischen den Marksteinen der Verfassung durchquert der Regierungsprozess eine Vielzahl rechtlich nicht fixierter (Vor-) Entscheidungsverfahren, an denen Akteure beteiligt sind, deren Einfluss und Partizipation sich nicht unmittelbar, zuweilen nicht einmal mittelbar, aus Rechtsquellen ableiten lässt. [...] Kurzum: Regieren unterliegt auch Regeln, Normen und Kausalmechanismen, es umfasst auch Akteurkonstellationen und Handlungen, deren Existenz und Wirkungsmacht *nicht* auf rechtlich verbindliche Institutionen zurückzuführen sind, die zuweilen von rechtlichen Kategorien gar nicht erfasst werden können.“⁶⁸

Eine Innenansicht auf lange eingeübte informelle Verfahren, wie sie *Thomas de Maizière* offeriert, betont sogar ausdrücklich die funktionale Komponente solcher Regelungslücken des Rechts für den Bereich der Regierung und argumentiert, „dass informelle Verfahren und *rechtlich nicht vorgesehene, aber mächtige Gesprächsformate* unsere Demokratie eher *gängiger und entscheidungsfreudiger* machen und nicht kritisiert werden sollten, wenn sie nicht im Übermaß stattfinden.“⁶⁹ *Honi soit qui mal y pense* – wer wollte denn etwas gegen Gängigkeit und Entscheidungsfreude der Demokratie haben. Dass hier das Übermaßverbot und damit das Verhältnismäßigkeitsprinzip anverwandelt werden, ist allerdings bezeichnend. Denn wie bei allen Abwägungen, geht es hier letztlich um situatives Ermessen und um subjektive Wertungen, die rechtlich nicht einzufangen sind. Die *rechtlich nicht vorgesehenen, aber mächtigen Gesprächsformate* sind genau deswegen auch der Staatsrechtslehre nicht entgangen, und wenn man deren Befassung mit diesem Thema ganz kursorisch zusammenfassen wollte, könnte

⁶⁷ Bröchler/Lauth (Fn. 66), S. 2f.

⁶⁸ *Grunden* (Fn. 65).

⁶⁹ *de Maizière* (Fn. 59), S. 43 [Hervorhebungen des Verf.].

man sagen: Der ersten Faszination über den informalen und kooperativen Rechts- und Verfassungsstaat – so etwa in den hinlänglich bekannten Monographien von *Bohne*⁷⁰ und *Schulze-Fielitz*⁷¹ – folgte eine zunehmende und auch angebrachte Skepsis; die Staatsrechtslehrertagung in St. Gallen thematisierte 2003 „Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Prozesse als Gefährdung der Verfassung“⁷² – und das Thema ist virulent geblieben.⁷³ Die seit Dekaden voranschreitende Transformation von Staatlichkeit bringt eben

„neue, diffus legitimierte Akteure im modernen Steuerungsprozess nationaler Regierungen und Parlamente hervor. Klassische Staatlichkeit erodiert, wenn Problemstrukturen nicht mehr mit Entscheidungsstrukturen übereinstimmen. Nationalstaatliche Regierungen werden von entgrenzten Märkten herausgefordert, während die Gesetzgebungskompetenzen zunehmend europäisiert oder internationalen Verhandlungsregimen überantwortet werden. Gleichzeitig verändern sich die Rahmenbedingungen des politischen Wettbewerbs: Die gesellschaftliche Verankerung der ehemals großen intermediären Organisationen, insbesondere der Parteien, erodiert. Im Gegenzug sind politische Entscheidungsprozesse immer stärker mediatisiert. [...] Das alles gilt sowohl für Regierungs- wie auch für Oppositionsakteure.“⁷⁴

Die Folgen dieser Entwicklung hat *Dieter Grimm* in eine so umfassende wie klare Diagnose zum Funktionsverlust der Verfassung zusammengefasst. Diese bestehe „im Kern darin, dass öffentliche Gewalt auf nichtstaatliche Träger verlagert und in nichtstaatlichen Verfahren ausgeübt wird“ – die „Verrechtlichung der öffentlichen Gewalt“ als basale Funktion der auf den Staat bezogenen Verfassung werde dadurch perforiert⁷⁵, und zwar von innen wie von außen.

Zum einen sei eine asymmetrische Privilegierung von Privaten zu konstatieren, die jenseits ihres allgemeinen Staatsbürgerstatus als Wähler, Teilnehmer am öffentlichen Diskurs oder Interessenvertreter am staatlichen Willensbildungsprozess teilnehmen, *ohne* jedoch in den Legitimations- und Verantwortungszusammenhang einbezogen zu sein, dem die Verfassung die Träger öffentlicher Gewalt unterwirft.⁷⁶

„Zum anderen würden die verfassungsrechtlich vorgegebenen Entscheidungsinstanzen und -verfahren im selben Maß entwertet, wie sich der Staat am Verhandlungstisch bindet. Das trifft vor allem das Parlament als die zentrale Rechtsetzungsinstanz. Die Verhandlungen werden nicht von ihm, sondern von der Regierung geführt. Geht aus ihnen ein Gesetzesentwurf hervor, kann er zwar nur durch Parlamentsbeschluss Rechtsgeltung erlangen. Die Regierungsfractionen stehen aber unter einem Ratifikationsdruck,

⁷⁰ *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981.

⁷¹ *Schulze-Fielitz*, Der informale Verfassungsstaat, 1984.

⁷² Vgl. *Morlok*, VVDStRL 62 (2003), 37 ff.

⁷³ Vgl. *Schuppert*, Der Rechtsstaat unter den Bedingungen informaler Staatlichkeit: Beobachtungen und Überlegungen zum Verhältnis formeller und informeller Institutionen, 2011.

⁷⁴ *Korte*, Über das Politikmanagement einer modernen Opposition, APuZ 64 (2014), 8 (9).

⁷⁵ *Grimm* (Fn. 17), S. 67.

⁷⁶ *Grimm* (Fn. 17), S. 81.

dem sie sich kaum entziehen können. Wird ein Regelungsverzicht vereinbart, bleibt das Parlament völlig aus dem Spiel.⁷⁷

Grimm legt in diesem Zusammenhang eindrücklich dar, dass mit dem Ausfall des Parlaments auch die Vorzüge des parlamentarischen Verfahrens, mithin: Transparenz, Partizipation und Kontrolle verfallen, weil sie in (informalen) Verhandlungsarrangements keinen Platz haben und *nur* die Inhaber von Vetomacht, *nicht* aber sämtliche Betroffene einbeziehen und zudem der Opposition die Möglichkeit der Intervention nehmen. Dies führt zur Privilegierung einzelner Privater, deren Interessen erhöhte Berücksichtigung finden, womit soziale Machtpositionen politisch prämiert würden, deren Neutralisierung die Verfassung eigentlich intendiert.⁷⁸ Neben den demokratischen Defiziten kommen rechtsstaatliche hinzu: Im Unterschied zum formalisierten Gesetz, meiden Absprachen die Formalisierung und die Öffentlichkeit. Drittbetroffene können gegenüber informellen Absprachen keinen Rechtsschutz beanspruchen – für gerichtliche Kontrolle fehle der gesetzliche Maßstab, für verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gegenstand. [...] Die Verfassung kann somit vielfach dort, wo die Grenze zwischen Privat und Öffentlich überschritten wird, ihren Regelanforderungen nur noch teilweise erfüllen.⁷⁹

Ein ähnliches Problem betrifft die Grenzen von Innen und Außen. Hier erweist sich, dass der Staat schon lange „nicht mehr die alleinige Rechtsquelle auf seinem Territorium“ ist.

„Gesetze und Rechtsakte aus nichtstaatlicher Quelle beanspruchen Geltung im Staat und setzen sich über nationales Recht hinweg. Die Identität von öffentlicher Gewalt und Staatsgewalt, die ursprünglich zum Begriff der Souveränität gehörte und die Grundlage sowohl der staatlichen wie der internationalen Ordnung war, löst sich dadurch auf. [...] Da die Verfassung den Staat voraussetzte und sich auf dessen Macht bezog, zieht die Fragmentierung der öffentlichen Gewalt notwendig einen Bedeutungsverlust der Staatsverfassung nach sich.“⁸⁰

Das alles hat Auswirkungen für den Bereich der Regierung dergestalt, dass Regieren und die Regierung sich in einen „komplexen Nexus verschiedener Dimensionen, die miteinander gekoppelt sind“, verwandelt haben.⁸¹ In diesem „Nexus“ oder „Raum“ oder „Bereich“ zerfasert „Regierung“ infolge von Dezentrierung, Informalisierung und Pluralisierung der regierenden Funktion sowie Entstaatlichungsprozessen und den Funktionsverlusten der Verfassung. Sie wird hierdurch dem Regelungszugriff und Vorrang der Verfassung und damit auch der Demokratie immer weiter entrückt – noch weiter, als dies *Hennis* seinerzeit je hätte prognostizieren können. Das kann sowohl verfassungs- als auch

⁷⁷ *Grimm* (Fn. 17), S. 81.

⁷⁸ Ebd.

⁷⁹ *Grimm* (Fn. 17), S. 82f.

⁸⁰ *Grimm* (Fn. 17), S. 334.

⁸¹ *Kleger* (Fn. 43), S. 46.